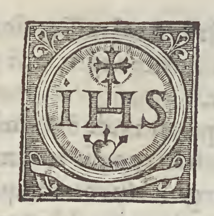
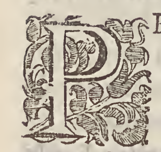


P O R

LA ABADESA, MONIAS, y Conuento de Santa Lucia de la ciudad de Badajoz, por la perſona de doña Ines Freile de Andrade, Monja en el dicho Conuento.

C O N

Doña Ines Freyle de Andrade, viuda de don Fernando Gomez de Solis.

1 RETENDE El Conuento de Monjas de la ciudad de Badajoz, por la perſona de doña Ines Freile, ſe pronuncie ſentencia de tenuta en fauor del dicho Cōuento, mandandole dar la poſſeſsion de los bienes del vinculo, y mayorazgo que fundò Franciſco Freile de Andrade, vezino y Regidor de Badajoz, con los frutos, y rentas que han rentado, y rentaren deſde la muerte de doña Iuana de Chaues, vlti-

ma poſſeedora haſta la Real reſtitucion.

Para inteligencia deſte negocio, ſe preſupone en el hecho, lo ſiguiente.

2 Lo primero, que en 25. de Setiembre de 629. Frãciſco Freile de Andrada por ſu teſtamento fundó vn vinculo y mayorazgo de ſus bienes, por via de mejora de tercio y quinto, y llamò a el ẽ primer lugar a D. Nicolas Freile ſu hijo mayor, y deſpues del, y ſus deſcendientes llamò a doña Iuana de Chaues ſu hija; y a falta deſta ſin suceſion, llamò al dicho mayorazgo los demas hijos del fundador, y hizo otros llamamiẽtos en los demas hijos, ſi los tuuieſſe.

3 No acordandoſe de la dicha doña Ines Freile, Mõja ſu hija, para admitirla, ni excluirla.

4 Lo ſegundo, que por auerſe acabado la deſcendẽcia de los hijos del fundador, expreſſamente llamados. Pretende ſuceder en eſte vinculo, y mayorazgo la dicha doña Ines Freile, por el llamamiento que a falta dellos le hizo el fundador.

5 Lo tercero, que el Conuenro por la perſona de la dicha doña Ines hija del teſtador, pretende preferirſe en eſta ſuceſsion a la dicha doña Ines ſu prima.

Para lo qual tiene dos fundamentos juridicos, de que ſe compondrà el primer Articulo deſta Alegacion.

6 Y el ſegundo, de la reſpueſta á las opoſiciones contrarias.

Primus Articulus.

7 EL Primer fundamento es, que Franciſco Freile de Andrade no quiſo excluir deſte mayorazgo à la dicha ſu hija.

El ſegundo, que no pudo excluirla, aunque expreſſamente lo dixera.

Fun-

Fundamento primero.

8 ESte fundamento se prueua. Lo primero, por el motiuo que pudo tener, y tuuo Francisco Freile fundador deste mayorazgo, para no hazer menciõ de la dicha doña Ines su hija, que fue tenerla ya remediada, y parecerle que no podia suceder el caso de faltar los hijos que tenia, que llamó, y sus descendientes, y los demas que podia tener despues de la fundaciõ del dicho mayorazgo, à quien tambien llama antes que á la dicha doña Ines su sobrina. Y auiendo faltado este motiuo, y estando en caso que aya de hazer transito esta sucession á la parte contraria, es verosimil, que llamara expressamente à la dicha doña Ines su hija, antes que á su sobrina. Y esta extension induze la verosimilmente del testador, etiam in hæredis institutione, por la conclusion de la *gloss. in l. tale pactum, §. fin. verbo item, ff. de pactis*, vbi quód si testator in eo cassu fuisset interrogatus, ita disposuisset, vt in terminis arguet *Menoch. lib. 4. præsumpt. 26. num. 21. & 22. Fusar. q. 64. n. 10.*

9 Y claro es, que el fundador no quisiera excluir à su hija, por admitir á su sobrina.

10 Quòd etiam probatur, *in l. 3. C. de inofficioso testamento*, donde la madre instituyò à dos hijos por herederos. Y despues de hecho el testamento, pariò a otro y murió del parto, y se dudó si auia de lleuar este su porcion, como si fuesse instituido, y dize el texto, que si: *Quia repentini casus iniquitas, per coniecturam maternæ pietatis emmendanda est, Menoch. lib. 4. de præsumption. 26. num. 19. & 20.* donde por estos fundamentos prueua, quôd ex verisimilemente testatoris institutio hæredis de persona ad personam extendenda est, quod etiam remissiué sequitur *Castillo tomo 5. c. 63. num. 43.*

11 Probatur etiam hæc conclusio, *ex l.fin.C.de posth. hæredib.institut.* donde la institucion del postumo que naciere dentro de diez meses despues de la muerte de el testador, comprehende el que naciere antes, ò despues de su muerte, ne vitium præteritionis patiatur, qui filios suos hæredes instituit, ex qua *l. notat, Bart. ibi in principio, quòd institutio facta de posthumo in vnum cassum prorrigitur ad aliũ, ad quem testator verisimiliter prouidisset, si de eo cogitasset, & ibi Paul. & Phil.Corn.in prin. & cæteri DD.*

12 Nec contra hoc obstat, *l.si quis ita §.si quis cum ignoraret, ff.de testam.tutela,* vbi datio tutelæ facta patre, & filijs non extenditur ad illum filium, quem pater ignorabat habere, atque ita, parece que en nuestro caso en el llamamiento de los hijos, no se comprehende la dicha doña Ines, de quien no hizo mencion.

Porque como responden *Aretino, Alex. y Croto, y despues dellos Menoch.lib.4.præsumpt.26.nu.25. ille textus,* loquitur in datione tutelæ, quæ licet filijs sit fauorabilis, attamẽ respectu tutoris est odiosa, quia continet onus, atque ita, vt minus censeatur grauatus tutor datio tutelæ aliquibus filijs, non extenditur ad alios quorum mentio facta non fuit. Este mismo entendimiento refiere *Moli.lib.4.c.4.n.26.*

13 Otros refiere el mismo *Molin.d.c.4.nu.27.* y el q̃ sigue por mas cierto en el vers. *verus autem ad l.illam intellectus,* es que es impossible que el testador quisiesse dar tutor al hijo que ignorò que viuia, cùm actus agentium non extendantur vltra eorum intentionem. Y que es de modico perjuyzio, el que se haze al hijo, de que no se estienda à el la tutela, pues le queda la legitima, y la datiua.

14 Otros entendimientos trae *Menoch. d. præs.26. n.28.* que concluyen, que la institucion del heredero se estiende de persona a persona, ex verisimili mente testatoris.

Et

Et in fideicommiss. *Fussar. quæst.* 318. *num.* 5. *&* 6. *& in vers. Contrariam opinionem*, donde *con Aretin. y Socin.* dize, que se deue admitir a la sucession el hijo que el testador creyò que era muerto, y viuia, por la verisimilitud, de que si supiera que viuia, le admitiera ration. affectionis, y a *l. si quis ita, §. si quis cum haberet, ff. de testament. tutel.* responde *con Socin. Fussar.* que la razon de aquel texto es, quia in dation. tutoris pater procedit ratione filiationis, & in fideicommis. ratione affectionis, atque ita en nuestro caso ex verisimilitudine, se deue admitir hija del fundador en exclusiõ de su prima.

16 Et dictis addendus est ipse *Fusar. q.* 64. donde in simili quæstione del substituto al postumo, resuelueque se admite postumo non nato, y pondera los textos de esta materia, que todos son muy aproposito en fauor desta parte.

17 Lo segundo, la admision de la dicha doña Ines prueua la conjetura de la *l. cum avus, ff. de condit. & demonstrat. l. cum acutissimi, C. de fideicommis.* en q̃ se determina, que la substitucion hecha a falta del hijo del testador, se entiende tambien a falta de sus hijos, para que el sustituto no se admita en exclusiõ dellos, sino a falta de todos, ne videatur alienas soboles proprijs anteponere, idem probat. *in l.* 10. *tit.* 4. *part.* 6. de qua coniectura latè agit. *Fussar. quæst.* 393. por toda ella, donde la estiende, ad alios casus, in quibus aliqua difficultas versabatur, y sin embargo la presumpta mẽte del testador obra, que se entienda preferida su descendencia, etiam contra verba expressa ipsius testatoris.

18 La qual conclusion a fortiori procedit in maioratibus Hispaniæ, in quibus, ex sua natura, & perpetuitate, siempre se prefiere la linea primogenita a las transuersales, etiam, que el llamamiento sea limitado, vt si

voce-

vocetur Titius, & post eum Sempronius, nã Sempronius excluditur non solum à Titio, sed etiam á suis descendentibus: *vt per Couar. in pract. cap. 38. nu. 12. vers. quod si dixeris.* Donde constituye por regla, que ora el mayorazgo se instituya por ascendiente, o por transuersal, o por estraño, siempre se ha de interpretar la sucesion, iuxta naturam maioratus, vt linea secundo geniti non admittatur, donec primogeniti sit finita; y desto infiere *Couar.* ibi: *Idcirco siue primogenitum fuerit institutum ab ascendenti, siue ab alio trãsuersali, siue in testamẽto, siue in contractu donatione inter viuos, vel vltima voluntate; etiam si post primogenitum vocetur secundo genitus, erat obseruandi huius legis Regiæ decisio.* Nam secũdo *genitus censetur vocatus post primogenitum, & eius liberos, vel primogenito mortuo absque liberis, idem tradit Matien. in l. 5. tit. 7. lib. 5. Recop. gloss. 6. num. 1. & per tot. vbi optimè declarat. Angel. in l. 11. de las mejoras, gloss. 3. num. 20. cum seqq. pag. mihi. 590. Mantic. de tacit. conuent. lib. 13. tit. 49. per totum, Amatis decis. Ferrar. 55. num. 66.* vbi quod quando ad maioratum vocatur vnus post aliũ, substitutio intelligitur, si primo vocatus decesserit sine liberis.

19 Quod confirmatur ex natura maioratus, in qua ex traditis *à Molin. lib. 1. cap. 4. ex num. 24. per tot.* dõde por la naturaleza, y perpetuidad del mayorazgo se suplen todas las substituciones necessarias para ella, de lo qual infiere, *eodem lib. 1. cap. 6. num. 43.* que el llamamiento del primogenito, o hijo mayor, es perpetuo, y que nunca perece, sino que se deriua, y continua en todos los de la familia, y a falta del primogenito, ocupa su lugar el segundo genito, quod latè exornat. *Castill. tom. 5. cap. 93. §. 1. ex num. 30.*

20 Et in pulchro, & fortiori casu hanc conclusionẽ extendit *Peregrin. consi. 38. lib. 5. cuius casus erat, testa*

tor

tor reliquit primogenito Pauli in infinitum possessionem quandam, & illo sine filijs masculis deficiente, voluit, quòd possessio erit in primogenitos Cæsaris in infinitũ; cuenit cassus quòd primogenitus Pauli decessit nullis relictis filijs, extante secundo genito illius Pauli, interquem, & primogenitum Cæsaris erat contentio, & Peregrin. consuluit, pro secundo genito, contra substitutum. cuius resolutionem. refert, & sequitur *Fussar. quæst.* 391. El qual caso a mi juizio es decessiuo del nuestro, y en terminos mas fuertes, porque siendo el testador estraño, el afecto que mostrò en el llamar al primogenito de Paulo, obrò que a falta del se admitiesse el segũdo genito no llamado, en exclusion del substituto; y lo que pretende el Monasterio es, que la hija del mismo instituidor, a quiẽ ni llamò, ni excluyò, se prefiera a la substituta estraña, ex verisimil i mente testatoris, la qual no quedò en solo congetura, pues ay expressa voluntad, en que a falta del hijo, y hija que tenia, y sus descendientes, se admitan otros qualesquier hijos que tuuiesse el fundador, y no es mucha extension incluir en este generico llamamiento la hija que ya tenia, y conocia, y que el no llamarla, fue por creer que no llegaria el caso.

21 La qual resolucion se comprueua, *ex Greg. in l. 10. tit. 4. part. 6. super verbo, dexasse, col. 2. ad medium, versi. Procedit etiam hæc lex,* donde dize, q̃ conforme aquella ley de partida, tiene extensiõ *la l. cum Avus de condit. & demonstrat.* para que los hijos del instituto, que se han de preferir al substituto, sean no solo los que tiene despues de muerto el testador, sino los que tenia, eo viuo, aunque el testador no los llamò, quod sequitur *Angul. ad l. 11. de las mejoras, gloss. 3. num. 25 pag.* 591.

Quod confirmatur in simili in legato pro virginibus maritandis, que siendo inciertas, y no conocidas,

no se deue a las ya casadas, al tiempo que muere el testador: porque en ellas no se puede verificar, ni cumplir el efeto del llamamiento. Pero si el legado se haze a persona cierta, a quien el testador conoce, y tiene afecto, no embargante que se halle casada al tiempo que muera el testador, se le deuera el legado, ex præsumpta mente testatoris, vt tradit *Bald. in l. fin. C. de sent. quæ sine certa quantitate, num.* 14. & cum eo, & alijs *Sanch. de matrim. lib.* 1. *disput.* 33. *num.* 32. *vers. Tandem, quia simile videmus Lara de Capellan. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 27. *& seqq. ipse Sanch. lib.* 7. *de matrim. disput.* 91. *num.* 64. *&* 65. *omnino videndus.*

23 Y asi en nuestro caso, aunque al tiempo que instituyò el Fundador el mayorazgo fuesse nacida doña Ines su hija, bien se puede dezir, que se comprehende en el llamamiento de los hijos que tuuiesse, y le naciessen despues de la fundacion, pues si llamò a los no conocidos a fortiori, hemos de dezir, que quiso llamar a la dicha su hija, que ya tenia conocida.

24 Y conforme a este fundamento, le compete la tenuta a la dicha doña Ines, aunque no tenga expresso llamamiento: porque para esto basta el congetural, *vt per Molin. lib.* 3. *cap.* 13. *nu.* 43. *Paz, de tenuta, cap.* 29. *præcipuè ex num.* 18.

Fundamento segundo.

25 ESte mayorazgo no se instituyò en virtud de facultad, sino por la permision de las leyes del Reyno, del tercero y quinto de los bienes del fundador, y asi deuio guardar el orden, y llamamiento de la *l.* 27. *de Toro, l.* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* que es llamar en primer lugar a todos los descendientes, que es el primer grado, y despues a los demas en ella compre-

hen-

hendidos, y afsi no pudiera el Fundador hazer tranſito al llamamiento de doña Ines Freyle ſu ſobrina, haſta acabada toda ſu deſcendencia: porque aunque la *l.27.de Toro* entre diſponiendo permiſiuamente; luego en el *verſ. Con tanto*, induce forma, para que preciſamente ſe aya de obſeruar en todas las ſubſtituciones; y eſte es el comun ſentido de todos los Regnicolas, *vt per Angul.in d.l.11.gloſſ.4.in princip. Caſtillo lib.2.cap.7.num.2.& cap.30.num.1.Paz ad leg. 200.ſtili,num.61.& 62.* donde eſtan recogidos todos los demas Regnicolas.

26 Deſto ſe infiere, que quando expreſſamente el dicho Fundador huuiera excluido de la ſuceſsion del mayorazgo a los que de ſus deſcendientes fueſſen Clerigos, ò Frayles, ò tuuieſſen otro defeto, ò calidad por el reprouada; no obſtante eſta excluſion, auian de ſuceder *ex d. l. 27. Tauri*, quia qua ratione, no pudieron los tranſuerſales ſer expreſſamente llamados antes que ſus deſcendientes, tampoco pudieron ſer excluſos tacitamente los dichos deſcendientes en beneficio de los tranſuerſales, vt magiſtraliter docet *Molin. lib. 2. cap. 12. num. 55. legendus ex num. 53. Angulo in l. 10. de las mejoras, gloſ. 4. num. 9. legendus ex num. 7. Paz ad l. 200. ſtili, nu. 84. & 124. Caſtillo tom. 3. cap. 12. num. 44. & 45. & tom. 6. cap. 128. num. 2. 3. & per tot. Sanchez in ſumma, lib. 7. cap. 15. n. 6. verſ. Quod quidem limitãdum eſt, pag. 365.*

27 Y aſsi doña Ines Freyle por tranſuerſal, no puede admitirſe, viuiendo la dicha doña Ines Monja, hija del Fundador.

28 Y en el remedio de tenuta deue obtener, quando eſtuuiera excluſa expreſſamente, ex traditis *à Paz de tenuta, cap.* 30. vbi latè probat, *remedium tenutæ competere illi, qui vocatus non eſt prætendenti excludi non potuiſſe.*

C Y tam-

29 Y tambien puede pretender la tenuta el Monasterio, por la dicha doña Ines Monja, porque sucede en su lugar, *vt per Angel. de adipiscend. quæst. 8. art. 31. ex num. 787 pag. 500. & 501.*

Articulo segundo.

30 DOs oposiciones principales se hazen al concurso por la persona de la dicha Religiosa, cō que hazen preuertir el llamamiento legal, y necessario que tiene para suceder.

31 La primera es, la de la renunciacion que hizo la dicha doña Ines para auer de professar, que està presentada en este pleyto, por la qual renunciò las legitimas, paterna y materna en su padre, contentandose con los 700. ducados de dote y propinas que recibio para ser Religiosa.

32 La segunda es, que la substitucion de los transuersales se sustenta en todos los bienes de que se compone el vinculo, fuera del tercio, que son el quinto de los bienes del Fundador, la legitima de don Nicolas Freyle su hijo primero llamado, y el Regimiento q̄ el dicho Fundador perpetuò, con las clausulas ordinarias de poder disponer del, vltra del tercio y quinto.

Respuesta a la primera oposicion.

33 ESta renunciacion no obsta al Conuento, ni a la dicha doña Ines Freyle.

Lo primero, porque la hizo expressamente en fauor de su padre, por contemplacion de sus hermanos, vt patet de la escritura, ibi: *Y porque los dichos mis padres tienen otros hijos, y tienen edad para poder tener mas, y que los bienes que tienen no son quantiosos para poderse sustentar, y alimentar sus hijos, &c.* que son palabras

bras prohemiales de la dicha renunciacion, y en que se funda la dicha doña Ines para renunciar sus legitimas.

34 Y quando no lo dixera, es presuncion de derecho, que la hija que se entra Monja teniendo hermana, y renuncia sus legitimas, lo haze por contemplacion dellos, *Couar. in cap. quamuis pactum*, 3. *par.* §. 3. *nu.* 4. *vers. Tertiò, & illud*, vbi dicit: *Id esse ex mente omnium DD. & ibi Gutier. verbo, omnino seruari debet, num.* 14. *Tello in l.* 6. *Tauri, num.* 44. *Molino de pactis numpt. lib.* 3. *quæst.* 92. *num.* 26. 42. & 43. & 47. *Galerato de renunciat. centur.* 1. *renunciat.* 25. *num.* 27. *ad finem principij, Cipio Theodor. allegat.* 36. *num.* 12. vbi plures DD. refert, & nouissimè *Ciriaco tom.* 3. *controuers.* 475. *num.* 1. & 2. & *alij plures consulto omissi.*

35 Lo segundo, desto se sigue, que auiendose muerto todos los hijos que tenian sus padres de la dicha doña Ines, quando renunciò sin descendientes, y no auiendo tenido otros hijos en quien durasse la causa de la renunciacion, puede boluer aquella herencia, y repetirla cessante causa renunciationis. Porque la naturaleza de la renunciacion es, que hecha en fauor de ciertas personas, no perjudica auiendose acabado, ni en fauor de otras no comprehendidas en la renunciacion, *l. iubemus, C. ad Veleian. l. si vnus*, §. *ante omnia, & ibi Ias. ad finem, ff. de pactis*, etiam si renunciatio sit generalis, & amplissima quia restringitur ad causam adiunctam, & personas contemplatas, *Surd. cons.* 431. *num.* 13. *Rota apud Burat. decis.* 774. *num.* 14. & *apud Dunuzet in vna Romana remunerationis Mercurij,* 7. *Iunij* 1634. *num.* 8. *quam ad litteram affert, Tamborino de iure Abbatissarum, decis.* 6. *post tract. pag.* 14. qui loquitur in nostro casu, & prius dixerat, *disput.* 8. *quæsito* 9. *num.* 5. *pag.* 96. *Rota apud*

Du-

Duran decis.64.*num*.14.vbi quòd remissio, & remuneratio est stricti iuris, & non potest extendi ad alios casus in renunciatione non comprehensos, *Theodoro allegat*. 36.*num*.32.33. qui loquitur in nostro casu, *Ciriac.etiam tom*.3.*controuers*.474.*num*. 9.*vsque ad* 16. vbi latè etiam in nostra quæstione.

36 Et in nostris terminis, quòd renunciatio factu fauore fratrum eis extinctis non præiudicet filiæ, probat *Bald.in l.pactum, C.de collat.num*. 3. & cum pluribus *Molfes. ad consuetudin: Neapolit. tom*. 1. *tit. de renunciat.quæst*. 2.*num*.5.*&* 6. *& quæst*. 4.*num*.2. & plures alij relati *à Genuensi in practicabilibus Eccles. quæst*.211.*num*.1.*Ciriac.tom*.3.*controuer*. 475.*num*. 3.4.*&* 5.*vbi num*.6.id extendit ad renunciationẽ factam a moniali, *ex Lanar.cons*.49.*num*.1. *Ponte cons*. 39.*per tot.maximè, num*.1.*&* 2.*vol*. 1. *& nu*. 7. *id extendit Ciriac. ad renunciationem factam à Monacho, siue Clerico regulari, ex Corneo cons*.272.*vol*.3. *Beccio cons*.74.*per tot.maximè, n*. 20.*Cauagn. consult. decisiua* 96.*num*.20.*par*.2.

37 Et renunciatio facta lineæ masculinæ non nocet renuncianti ea finita, *Socin. Iun. cons*. 13.*num*.3.*lib*. 2.*Bursat.cons*.51.*num*.7.*vbi dicit ita fuisse decisum Rota per Bursatum decis*.469.*num*. 13. 14.*&* 15. *Addit. Molin. lib*. 2. *cap*.3.*sub num*. 48.*vers*. *Quinto limitatur*.

Et pactum exclusium fœminarum non nocet extinctis masculis quorum fauore fuit factum, *Rota per Farinac.decis*.535.*num*.2.*&* 3.*in nouem centurijs aliàs* 4.*par.diuersorum*.

38 Et renunciatio facta in capitulis matrimonialibus fauore certarum personarum eis extinctis reuertitur ad renunciantem, *Fontanel. de pact. nupt. tom*. 1. *clausula* 4.*gloss*.25.*num*.17.

39 Nec obstabit contra prædicta replicare, que la admi-

mision de la hija que renuncia para boluer a suceder in iuribus renunciatis, es menester que los hermanos a cuyo fauor se entiende, hecha la renunciacion, premueran al padre, & sic, que la hija que renuncia quede sola, vt tradunt DD. citati ad fauorem prædictæ monialis, atque ita, tratando de suceder en estos bienes por muerte de doña Iuana de Chaues, le obsta la dicha renunciacion.

40 A que se responde. Lo primero, que la admision de la hija que renuncia procede ex verissimili mente ipsius, que como renuncia en beneficio de los hermanos, para boluerles a suceder a ellos, es lo mismo que mueran antes, ò despues del padre; y assi, en ambos casos les puede suceder, vt nerbose defendit *Molfes. sic explicans communem opinionē ad consuetudin. Neapolit. 4. par. tit. de renunciat. quæst. 2. num. 6. vers. Sed horum opinio.*

41 Lo qual se comprueua con la resolucion del mismo *Molfes. ead. 4. par. quæst. 17. num. 26. & 37. per tot.* dōde respondiendo à *Couar.* y à *Franch. decis. 375.* que determinaron la question contra el Monasterio, para que no pudiesse suceder abintestato al hermano de la Monja. Dize que en el caso de la decision de *Franch.* el hermano de cuya herencia abintestato se trataua, dexò hermana y sobrinos, hijos de hermanos, en cuyo fauor se estiende la presumpta mente de la Monja que renunció, pero esta cessa, quando es estraño el que ha de suceder al hermano prædefuncto· porque en este caso dize *Molfes.* que no es verossimil que la Monja quiso excluirse a si, y a su Monasterio, en beneficio del estraño, no descendiente de su padre, y que esta es la mente de todas las que renuncian: y que lo entendio assi de muchos Religiosos, y Religiosas, atque ita pro expresso haberi debet, id quod respondisset disponens, si de hoc dubio fuisset inter-

ro-

rogatus, vt in terminis tradit *Molfes. vbi sup. ex gloss. in l. tale pactum, § fin. ff. de pact. suprà relata num.* 8. ita tradit *Genuensis d. quæst.* 211. *nu.* 3. vbi latè enucleat d. resolutionem *Molfes. & num.* 8. añade, que la otra razon en que se funda *Franch. d. decis.* 375. procede respeto de la Monja, que con entrarse en Religion, se presume que quiso renunciar la hazienda, y riquezas no necessarias al estado de Religiosa. Pero que esta razon cessa, respeto del Conuento.

42 *Cipio Theodor. allegat.* 36. *num.* 8. donde entiende assi a *Couar.* y a los demas DD. que se entienda, que la renunciacion que se haze en fauor de los hermanos, se entiende tambien, hecha en fauor de los descendientes dellos, *quod repetit num.* 13.

43 *Et num.* 16. & 17. explica en esta forma la *decis. de Franch.* 375. *num.* 18. dize que *Couar. y Menchaca, y Tello*, y los demas Autores no excluyen al Monasterio en concurso de los parientes mas remotos, y por toda la alegacion (que para este pũto es muy notable) explica *Theodoro* esta materia, en cuya explicacion no me detengo. porque no consiste en ella la materia desta renunciacion.

44 Porque estamos in casu facilimo, en que por lo resuelto en el primer Articulo, la dicha doña Ines Mõja tiene expresso llamamiento en este mayorazgo para preferirse a su prima, y auiendole, ora sea la renunciacion real, ò personal, ò cõtenga las clausulas mas exuberantes que se pueden imaginar, han de suceder la dicha doña Ines, y el Conuento en su nombre: porque la renunciacion se entiende hecha en fauor del padre si quisiere exheredar a la hija, y disponer de la hazienda en exclusion suya; pero no si la quiere admitir, y llamarla, porque lo puede hazer, no se valiẽdo de la dicha renunciacion, *Bart. in l. stipulatio, hoc modo concepta, num.* 4. *Alexand. num.* 8. *Ias. num.* 130.

de

de verbor.oblig. Anton. Gomez in l. 22. Tauri, num. 10. & in l. 24. num. 8. Gutier. in cap. quamuis pactum, verbo, omnino seruari debet, num. 11. Couar. ibi 3. par. in initio, num. 8. Tello in l. 6. Tauri, num. 40. Molin. lib. 2. cap. 3. num. 6. Rota apud Ludouis. decis. 85. num. 14. & apud Farinac. decis. 152. num. 6. tom. 2. in posth. Molin. de pact. nupt. lib. 3. quæst. 94. ex num. 8. Sanch. in summa, lib. 7. cap. 7. num. 10. Molin. de iust. & iur. tom. 3. tract. 2. disput. 579. num. 23. Theodoro allegat. 36. num. 27. & 28. Cancer. tom. 3. cap. 15. de renunciat. num. 7. & 36. cum seqq. Ciriac. tom. 3. controuers. 475. num. 17. & seqq. Argel. de adquirend. possess. quæst. 14. num. 57. & 58. pag. 624.

45 Y esto procede, aunque la renunciacion no se haga, como en este caso se hizo en fauor del padre, sino de los hermanos, adhuc enim filia renuncians potest hæres à patre institui, *Surd. decis. 15. num. 4. Addit. ad Ludouis. decis. 85. num. 32. vers. Amplia procedere*, & cum pluribus *Molino d. quæst. 94. num. 9. Ciriaco d. controuers. 475. num. 10. & 11.*

46 Y esta conclusion procede, aunque la renunciaciõ sea tan amplia, que comprehenda la sucession ex testamento, que sin embargo puede el padre llamar a la hija que renunciò, *Surd. d. decis. 14. num. 8. Addit. ad Ludouis. vbi proximè, vers. Amplia secundo procedere, Molin. d. quæst. 94. num. 11. & 12. Cancer. lib. 3. cap. 15. num. 37. vbi ex Aretin. & alijs* addit talem renunciationem continere turpitudinem, quia oponitur liberæ facultati testandi.

47 Y para este efeto, no es necessaria expressa disposicion del padre, porque basta tacita, vtpote si ante renunciationem haberet cõditum testamẽtum, in quo filia hæres instituta fuisset, & posteà renunciaret hæreditati paternæ, tam ex testamento, quàm ab intestato, quia pater non reuocando testamentum censetur

in

in prima voluntate remansisse, & voluisse, quod filia ex testamento succedat, *Molin. dict. quæstion.* 94. *num.* 11. *Cancer. d. cap.* 15. *num.* 38. *&* 39. *&* 40. *Ciriaco d. controuers.* 475. *num.* 15. qui alios plures DD. citant *Sanch. in summa, lib.* 7. *cap.* 7. *num.* 13.

48 Con lo dicho concurre, que en la dicha renunciacion preuino la dicha doña Ines el caso de poder suceder en esta mejora: porque en el prohemio della dize estas palabras: *Y que dellos pueden hazer mejoria de tercio y quinto:* y siendo la naturaleza de la dicha mejora el deuer admitirse todos los descendientes antes que los transuersales, *ex l.* 27. *Tauri*, cum dictis in primo articulo: es verisimil, en que la dicha renũciacion quiso reseruar el derecho de suceder por la dicha mejora, en caso que la hiziesse el dicho su padre, y que solo se excluyò, en caso que los bienes se enagenassen libremente, sin cargo de vinculo, pero auiẽdole, quiso suceder en virtud del.

49 Ni se podrà retorcer este argumento contra el dicho Conuento, de que pues la dicha doña Ines pensò de la mejora que se podia hazer, quiso excluirse della con la renunciacion: porque esto pudiera auer lugar, quando la mejora fuera simple, y sin carga de vinculo, y mayorazgo, porque auiendole, es llano que no renunciò este derecho, ex supradictis.

50 Con lo qual concurre, que la forma de la *l.* 27. *de Toro* es tan precisa, que no se puede preuertir, ni renunciar, etiam ex expresso consensu filij meliorati, vt tradit *Tello in d. l.* 27. *num.* 15. *& cum eo Angulo, Azeued. & Mier. tradit Castil. tom.* 6. *cap.* 128. *num.* 15. *&* 16. si ergo ex expresso consensu filij non potest ordo prædictus peruerti, ita nec tacito, vt in simili arguit *Castillo d. cap.* 128. *ex num.* 11. *& seqq.*

51 Desto resulta otro fundamento ineuitable que excluye la excepcion desta renunciacion, que es, que quan-

quando se hizo, que fue el año de 623. no se auia hecho el dicho vinculo, ni mejora de tercio y quinto, porque fue el año de 629. & sic tempore renuntiationis, era incierta la sucession futura del dicho vinculo; y si se auia de hazer mejora, o no, en que la dicha doña Ines se comprehendiesse como descendiente, y assi nō solo la sucession, sino tambien la institucion del mayorazgo era incierta, y fue caso no preuenido por la dicha doña Ines, ni cayò en su mente el renunciarla, y assi no se pudo comprehender en la renūciacion, ex theorica, *Bart. in l. qui Rom. §. duo fratres quæst. 6. de verbor. obligat.* vbi quod in renuntiatione generali non comprehenditur ius futurum succedendi in fideicommisso *cap. 2. de renuntiatione, & ibi Abb. num. 2. in 2 notabili, vbi* quod renuntiatio iurata restringitur ad ius. quod de præsenti cōpetit. *Surd. cōs. 70. num. 7. lib. 1. Ziriac. tom. 2. controuers. 292. num. 9. Decio cons. 379. num. 11. vers. Præterea, Peregrin. de fideicommis. art. 53. num. 5. Fussar. quæst. 587. nu. 2.* Et in terminis in nostris renuntiationibus, tradit *Moli. de pact. nupt. lib. 3. quæst. 72. num. 31. cum duob. sqq. Rota apud Dun. 4. in decision. 6. n. 15. relata s pran. 3>.*

52 Y para que la renunciacion obre el derecho de futuro, es necessario q̄ sea especialissima, *Rot. per Burat. decis. 281. num. 6.* vbi dicit generale esse quod in iure de futuro, & ignorato specialis, & expressa renūtiatio requiratur, *ex Bart. in l. 1. num. 4. C. de pactis, & alijs DD. ibi citatis Ziriac. tom. 3. controuers. 474. num. 45. vers. Et in casibus,* vbi dicit, quòd in casibus, inprouissis, & incogitatis renuntiatio nihil operatur

53 A lo qual se añade, que lo que se tratò, y hizo en la dicha renunciacion fue disponer de la legitima que la dicha doña Ines podia pretender, como heredera de sus padres, pero no en el Mayorazgo, cuya sucession le podia sobreuenir, que no estaua fundado entō

E

ces,

ces, ni se sabia si se auia de fundar, o no. Y que en caso que se fundasse, la precediã, no solo los hermanos que tenia, y descendientes que podia tener, sino tambien los hijos de sus padres, que ella dize que podiã tener, y assi es impossible que la dicha doña Ines, ni el Conuento entendiessen deste derecho, que impensadamente les ha sobreuenido, & per consequens, no se puede comprehender en la renunciacion, vt dictum est.

54 Y quadran aqui bien los fundamentos, que despues *de Molin.* y otros DD. trae *Sanch. in sum. lib. 7. c. 7. n. 8.* para probar, que en la renunciacion de las legitimas no se comprehēden los bienes de mayorazgo, feudo, o emphiteosis, en q̃ el q̃ renuncia tiene derecho de futuro a suceder, porque la sucession se defiere, alio iure quam hereditario, y siendo el renunciado el derecho hereditario, bien puede suceder non obstante renuntiacion, quod etiam sequitur *Tamborin. de iure Abbatiss. disp. 8. quæst. 11. per tot.*

55 *Couar. in cap quamuis pactum. part. 3. §. 3. num. 1.* in fine, vbi determinat. *Quòd si filia renuntiauit pro bonis paternis, intelligitur quatenus sibi deberentur, vt patris hæredi, sed si contingerit, eà sibi deberi ex aliquo accedenti extrinseco, non obstaret, sibi renuntiatio. Peguera decis. 146. per tot. maxime num. 16. vbi, quis exigebat certum libellum annuum à quodam suo libellario, creditor ille moriens legauit ius d. libelli filiæ ætate minori ipsius debitoris, à quo postea nupta constituta certa dote renunciauit omni, & quocumque iuri sibi debito ex bonis patris, quauis ex causa, & iterum in solutione partis dotis sibi factæ, ab hærede patris, ampliauit renuntiationē per verba valde pugnantia, de quibus in d. decis. ante num 1. &* decisum fuit per sonatum d. renuntiationē non obstare qui possit vindicare legatum prædictum.

56 *Ziriac. tom. 3. d. controuers. 474. num. 17. vsq; ad 21. &*

21. *& per totam* illam resolutionẽ optimè agit de materia.

57 La qual resolucion se aplica a este caso, porque esta Monja no quiere suceder iure hæreditario nec iure legitimè, sed tamquam vocata ad maioratum, qui prouenit iure sanguinis: para cuya sucesion, aunque sea mejora de tercio y quinto, no ha menester la dicha doña Ines ser heredera de sus padres, pues cõforme a la *l.* 12. de Toro, puede el hijo aceptar la mejora, y renunciar la herencia.

58 Quæ cõclusio etiã corroboratur, *in l.* 1. § *sed videndum, ff. de successorio ædicto*, vbi probatur, quód filius, ex noua causa potest sibi ipsi succedere, quia ei, delata erat bonorũ possessio, ex titulo vnde liberi, & excludebatur renũtiatione, & nõ aderant, alij qui poterãt succedere, ex parte vnde legitimi, & ita tamquã legitimus successor poterat admitti, *Bald. cõsi. 437. n. 2. vers. Vbi dicit, quod licet filia, vel filia sit exclussa, quia renuntiauit, decedente tamen patre ab intestato, l.* 12. *tabularum, ex tacita voluntate patris cum filia sit de suis, & necessarijs hæredibus, eam vocat, & non vti filia simpliciter, sed ex patris superueniente voluntate, admittitur, ff. de iure codicillorum, l. si quis cum nullum, iura enim facient magis filijs in patris substantia, quam cæteris heredibus, l. suum quoque, l. sed, & si sub condit. §. nepotes, ff. de heredib. instituend.*

59 Y tambien sirue de confirmacion de lo referido lo resuelto *por Cabed. decis.* 96. *num.* 6. *part.* 1. que la renunciacion del mayorazgo a que vno tiene derecho espira por muerte de aquel, o aquellos en cuyo fauor se renuncia, y buelue al renunciante, y no a los vlteriores de la familia, por la verisimil mente del que renuncia, que es visto abdicar de si la sucesion limitadamente, y en beneficio de aquellos aquien amò y no de otros a quien no quiso beneficiar, sequitur,

Castill. tom. 3. cap. 12. n. 125. Micres 3. part. quæst. 18. num. 22. & 31. in 2. edition. & antea, quæst. 9. n. 109. vbi quod finitis vocatis in secundo maioratu bona reuertuntur ad vocatos in primo.

60 Et in renunciat. feudi, & imphyteosi, idem tradit *Petr. Greg. in concessione feudali part. 2. quæst. 10. nu. 55. additio. ad Gam decis. 383. versi. Secundum Thom. in all gat. post decis. Salernit. in addit. ad votum Regentis, num. 43. cum tribus seqq. pag. mihi* 193. *Rota per Farinat. decis. 186. num. 4. tom. 1. in posthum. additio. ad Molin. lib. 2. c. 3. sub n. 48. vers. ampliatur secundi fol.* 113. La qual conclusion se prueua *por el cap. 1. de eo qui finem fecit agnationi.*

61 Ex qua resolutione iure optimo possumus in nostro casu dicere, que la dicha doña Ines no quiso renunciar este derecho de futuro, en beneficio de los transuersales, quedando ella, y el Couento exclusos de la sucession deste Mayorazgo.

62 Y no se puede replicar contra estas resoluciones con la de *Mol. lib. 2. d. cap. 3. num. 48.* quatenus, la limita, en caso que de los bienes renunciados se haga mayorazgo, quia tunc etiã extinctis fratribus, no podra boluer el hijo que renuucia a los bienes renunciados, la qual resolucion sigue, ibi *Additio vers. Secunda vero conclusio pag.* 114. con otros que cita.

63 Porque esta limitacion no es deste pleyto, ni toca la materia desta question, porque el Conuento no pretende impugnar la dicha renunciacion, para quedarse cõ los bienes libres, por auer muerto los hermanos de la dicha doña Ines, sino suceder en ellos, como vinculados, en virtud del llamamiento expresso, tacito, y legal que tiene en el dicho mayorazgo.

Respuesta a la segunda oposicion.

64 REconociendo la parte contraria el poco fundamento que ay para excluir al Conuento de la su-

ſuceſsion de la mejora del tercio, ſe contenta con el quinto de los bienes de la mejora; y con la legitima del primer llamado, y con el oficio de Regidor de Badajoz, que dize que ſon bienes vltra del tercio, y en que el padre libremente puede diſponer, no guardando la forma de la *l. 27. de Toro*, y q̃ pudo llamar a la ſuceſsion de los bienes à tranſuerſales, en perjuizio de deſcendientes, y aun a eſtraños.

65 Pero ſin embargo es llano, que la mejora del quinto pertenece al Conuento, por eſtar vnido inſeparablemente con el tercio, y fundado vinculo indiuiſible de ambas mejoras, ſin diſtinguir el quinto del tercio, y aſsi el tercio atrae a ſi el quinto, ex præſumpta voluntate teſtatoris, y cõ la fundaciõ del dicho mayorazgo indiuiduo, fue viſto ſujetar el quinto al tercio, vt in terminis ponderat, & reſoluit. *Mier. 3. part. q. 8. n. 17. Caſtill. tom. 5. c. 100. per tot præcipuè ex n. 13. & tom. 6. cap. 128. nu. 21. vſq; ad finem*, donde latamente recopila los fundamentos deſta concluſion, a que me remito, por no alargar eſte papel; y aſsi lo ha determinado el Conſejo diferentes vezes, y vltimamẽte lo obtuue yo por don Diego de Zuñiga, Capitan de cauallos lanças Eſpañolas, del Conſejo de Guerra de Flandes, en el pleito de tenuta con la Marqueſa de Flores Dauila, que pretendio, que aunque eſtaua excluſo para fundacion del mayorazgo, por ſer hijo natural, ſin embargo pretendia, que por ſer deſcendiente de los fundadores de aquella mejora, no podia ſer excluſo della a fauor de tranſuerſales, como lo era la dicha Marqueſa. Y teniendoſe eſto por llano, y ſin diſputa, por deuer ſer llamado el deſcendiente natural antes que los otros deudos de la familia: ſe inſtaua por la dicha Marqueſa, que por lo menos en el quinto de aquella mejora, auia de ſuſtentarſe la diſpoſiciõ excluſiua de deſcendiente illegitimo, por no eſtar el

quinto ſugeto a las reglas del tercio, *iuxta l. 27. Tauri.* Y ſin embargo el Conſejo decidio la queſtion en fauor del hijo natural, dandole la tenuta del tercio, y quinto, ſin defalcacion alguna, por la congeturatamente del fundador, que auiendo vna indiuidua diſpoſicion, fue viſto querer, que el quinto ſe ſujetaſſe al tercio, y que no ſe diuidieſſe.

66 La qual deciſsion, demas de ſer en terminos deſte punto, fue en caſo mas dificultoſo, porque en aquella mejora fue excluſo el deſcendiente ilegitimo, y acà eſtà admitida la dicha doña Ines Freyle Monja.

67 En quanto a la legitima de don Nicolas, hijo mayor, es ſin diſputa, que deuio guardar la forma de la *l. 27. de Toro* el Fundador, porque diſpuſo della, como de bienes ſuyos, haziendo mas quantioſo el tercio y quinto, no baxando la dicha legitima, como no ſe baxò.

Lo qual ſe comprueua con lo reſuelto en caſo mas dificultoſo por *Gutier. in cap. quamuis pactum, in principio num* 11. & 12. que hablando de las renunciaciones de legitimas, que los hijos hazen, y pueden hazer en fauor de ſus padres, funda dos concluſiones.

La vna es, que puede el hijo renunciar ſus legitimas en el padre, cō condicion que pueda diſponer de ellas, y darlas al hijo que quiſiere, demas de ſu legitima, y tercio, y quinto, y que en virtud deſta renunciacion el padre podra dar al hijo que quiſiere la legitima que aſsi ſe le renuncia, demas del tercio y quinto, ſin que los demas hijos ſe puedan quexar deſte exceſſo: porque eſta legitima renunciada no ſe ha de reputar por patrimonio del padre, ſino del hijo que renuncio, & qua ratione ſi el hijo renuncia derechamente en vn hermano, pudiera eſte lleuar dos legitimas, vna ſuya, y otra la renunciada en nombre del hermano renunciante, ita & eodem modo, ſe deue hazer, porque el padre dexa la dicha legitima,

en

en virtud del poder, y comiſsion del hijo que renuncia.

68 La ſegunda concluſion que pone *Gutier. num.* 12. es, que ſi la renunciacion no ſe haze en la forma referida, ſino ſimplemente, tunc no podra el padre dexarla a otro hijo demas del tercio y quinto, ſino que ſe aura de computar en el, como bienes propios, adquiridos en virtud de la dicha renunciacion.

69 En quanto al Regimiento de Badajoz, procede lo miſmo, que ſe ha de computar por hazienda del dicho Franciſco Freyle de Andrade, para que ſuceda en el la dicha doña Ines, y el Conuento por ſus dias, porque el texto no le dà licencia para que pueda el dicho Franciſco Freyle, que le adquirio, mandarle a eſtraños, exheredando a ſus hijos, ſino para que pueda en beneficio dellos dexarle a vno, aunque exceda del tercio y quinto de mejora, vt patet de las palabras del dicho tit. ibi: *Y que queriendo vincular, o poner en mayorazgo el dicho oficio, vos, o la perſona que deſpues de vos ſucediere en el, lo podais, y puedan hazer, y deſde luego os damos licencia, y facultad para ello, con las condiciones, vinculos, y prohibiciones que quiſieredes, aunque ſea en perjuicio de las legitimas de los otros vueſtros hijos, aunque ſiempre el ſuceſſor nueuo aya de ſacar titulo.* De las quales palabras ſolo ſe puede colegir vna diſpoſicion, regulada a fauor de los deſcendientes, y conforme a los llamamientos de la *l. 27. de Toro*, ampliando el tercio con el valor del Regimiento, vt probatur ex textu expreſſo, *in l. ſi quando* 35. *in principio, C. de inofficioſſo teſtam.* donde la licencia para teſtar que dá el Principe, ſe deue entender, para que ſe haga el teſtamento, iuxta formam iuris, & ita preſumitur Principem conceſsiſſe, & conſequenter; que los hijos tengan ſu legitima, y no ſean priuados della: y aſsi dize el texto nihil aliud videri Principē concedere, niſi vt habeat legitimam, & conſuetam teſtamenti factio

nem,

nem, & ibi notant. DD. *Molin. lib. 2. cap. 1. num. 10. vers. Si facultas & num. 11.* donde resuelue, que quando se dà facultad simplemente para hazer mayorazgo, se entiende con obligacion precissa, de que el que le funda deua dexar alimentos competentes à los demas hijos, quia hoc est ex natura rei, idẽ Molin. eod. *lib. 1. cap. 9. num. 22. & 23. vbi* quòd licentia data filio familias ad testandum, siue à lege, siue à consuetudine intelligit[illegible] debet sine præiuditio vsusfructus patri in bonis filij debiti, y aqui no es necessario disputar la question ordinaria, si el que haze mayorazgo en virtud de facultad Real, puede peruertir las substituciones de la *l. 27. de Toro.* Porque esta permision en quanto al Regimiento no se ha de reputar, para en quanto a este efeto por facultad Real, ni la disposiciõ que en virtud della se hizo por de mayorazgo, fundado en virtud de facultad, porque no se despachò en la forma ordinaria, ni por el Consejo de Camara; ni para hazer mayorazgo de todos los bienes, sino para ampliar el tercio de bienes del dicho Francisco Freyle, para q̃ fuesse de mayor suma, y no para otro efeto.

Y no me detengo en disputar este punto, porque
70 es llano en fauor del dicho Conuento.

Añadiendo, que como estamos en presumpta volũ
71 tad del Fundador, que como quiso, que el mayorazgo
fuesse vno, y que el quinto siguiesse la naturaleza del
tercio, para que en todo sucediesse la hija, a quien no
quiso excluir, procede la misma razon en quanto al
Regimiento, como parte del mayorazgo, y que le in
corporò en el como los demas bienes, por vnas mis-
mas reglas, y llamamientos.

Ex quibus concludimus, auerse de pronunciar
72 sentencia de tenuta en fauor del dicho Conuento,
por la persona de la dicha D. Ines Freyle. Saluo, &c.

Con Privilegio, En Madrid En la Imprenta Real; año 1640.